Die rechtliche Natur des sogenannten negotium mixtum cum donatione nach neuem Recht auf geschichtlicher Grundlage.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hubert Kalvelage

aus Dülmen.

Referendar bei der Kgl. Staatsanwaltschaft in Münster.

ACAD. LANDWIRTSCH. BIBL.

Approbiert am 7. Juni 1907.

Dülmen.
Buchdruckerei von Jos. Sievert.
1907.

51

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0007

Inhaltsverzeichnis.

A. Allgemeiner Teil.

I. Einleitung.
II. Die Verbindung von negtium und donatio.
III. Der Gegenstand der Schenkung.
IV. Die rechtliche Behandlung.

B. Besonderer Teil.

I. Die Formvorschrift.
II. Der Widerruf der Schenkung wegen Undanks.
III. Das Rückforderungsrecht wegen Verarmung des Schenkers.
IV. Der Ergänzungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten.
V. Die Anfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses.
Anhang.

Litteraturverzeichnis.

Baron, Pandekten Leipzig 1893.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. 2. 1889.

Bremer, Zur „Lehre von der Insinuation der Schenkung" in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts XIII. Bd. (Neue Folge I. Bd.) Jena 1874.

Burckhard, Zum Begriff der Schenkung. Erlangen 1899.

do. Über Schenkungsannahme. 1892.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb u. ausserhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht 1884.

do. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I. 1900.

Crone, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2 erste Hälfte. 1902.

Dernburg, Pandekten. 1897.

do. Lehrbuch des preussischen Privatrechts II. Bd. 1897.

do. Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens. II. Bd. 2. Teil. 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1902.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. Bd. II. 1896.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 48. Jahrgang. 1904.

Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1890.

Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. IV. Bd.

Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte. 1899.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. III. Bd. 1864.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1903 und 1902.

Juristische Wochenschrift.

Keysser, Das Verbot der Schenkung unter Ehegatten nach römischem Recht. Strassburg 1878.

Kirschbauer, Das negotium mixtum cum donatione Leipzig 1905.

Hempen, Die Anfechtung von Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften wegen betrügerischer Gläubigerbenachteiligung. Rostock 1905.

Köppen, Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen. Berlin 1901.

Krüger, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 28 Wien 1901 und Bd. 30 Wien 1903.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. II. Teil. 1. Hälfte. Berlin 1899.
Lammfromm, Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag 1897.
Lenel, Palingenesia iuris civilis. volumen alterum.
Matthes, Die gemischte Schenkung nach neuem Recht. Rostock 1904.
Mechtold, Begriff und Wesen des negotium mixtum cum donatione. Jena 1904.
v. Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht. Bd. I. 1855.
Mitteis, Die Individualisierung der Obligation. Wien 1886.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. II.
Müller, „Die gemischte Schenkung" in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. II. Folge. 12. Bd. Jena 1904.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das deutsche Reich. 1900.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. II. 1900.
Regelsberger, Pandekten Bd. I. Leipzig 1893.
v. Savigny, System des heutigen und römischen Rechts. Bd. IV. Berlin 1841.
Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts. Bd. 3. 1846.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Sohm, Institutionen. Leipzig 1901.
Siber, Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung. 9. Bd. 1904. S. 308 ff.
Wilmowski, Reichs-Konkursordnung. 5. Aufl.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl.
Weiske, Rechtslexikon. Bd. 9. Leipzig 1853.

Abkürzungen:

S. f. Arch. - Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

R. G. E. - Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

A. Allgemeiner Teil.

I. Einleitung.

In den Motiven zum bürgerlichen Gesetzbuch findet sich bei der Schenkung folgende Ausführung:[1]) „Als selbstverständlich erscheint es insbesondere, dass, wenn bei einem zweiseitigen Vertrage animo donandi eine den Wert der Gegenleistung übersteigende Leistung vereinbart wird, dieser Vertrag, soweit der Wert der Leistung den der Gegenleistung übersteigt, als Schenkung zu beurteilen ist." Hierdurch soll angedeutet werden, wie das sogenannte negotium mixtum cum donatione oder, wie es auch vielfach heisst, die „gemischte Schenkung"[2]) zu behandeln sei. Besondere Vorschriften enthält indessen das bürgerliche Gesetzbuch über die rechtliche Behandlung des sogenannten negotium mixtum cum donatione nicht. Die Ansicht der Motive kann aber nicht als bindend angesehen werden, da sie als Gesetzesmaterialien keine authentische Kundgebung des Willens des Gesetzgebers darstellen.[3]) Es ist deshalb Aufgabe der Wissenschaft, hier ergänzend einzugreifen und eine zweckmässige und gerechte Behandlung der gemischten Schenkung herbeizuführen.

II. Die Verbindung von negotium und donatio.

Von den Autoren gebraucht den Ausdruck negotium mixtum cum donatione als technischen Ausdruck zum ersten

---

[1]) Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II S. 287.

[2]) Dernburg bürgl. Recht Bd. II S. 138 Halle 1901, Förster-Eccius Preussisches Privatrecht Bd. II S. 29, Reichsgerichtsentscheidung Bd. 29 S. 265.

[3]) Weihrauch in Gruchots „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts." 48. Jahrgang 1904. S. 230.

Male v. Savigny[1]) und zwar für die Verbindung eines entgeltlichen Geschäfts mit einer Schenkung. Ihm ist Theorie und Praxis im allgemeinen gefolgt.[2]) Der Ausdruck negotium mixtum cum donatione wird hergeleitet aus l. 18 D. 39, 5. Dort heisst es: cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est. Es ist aber hier das einzige Mal, dass sich diese Zusammenstellung von negotium und donatio in den Quellen findet. Die Stelle enthält nichts, was darauf hindeuten könnte, dass dieser Ausdruck hier als technischer Ausdruck gebraucht werde. Es ist deshalb verfehlt „negotium mixtum cum donatione" als technischen Ausdruck zu verwenden. Will man aber trotzdem die einmal eingebürgerte Bezeichnung beibehalten, so sagt man doch besser das „sogenannte" negotium mixtum cum donatione.[3])

Das gemeine Recht versteht, wie erwähnt, unter negotium mixtum cum donatione die Verbindung eines entgeltlichen Geschäfts mit einer Schenkung. Wenn nun Köppen[4]) behauptet, unter dem sogenannten negotium mixtum seien nur entgeltliche Geschäfte in Verbindug mit einer Schenkung zu verstehen, so dürfte er damit nicht Recht haben; denn gerade § 1 l. 18 D. 39, 5,[5]) [6]) wo doch auf das principium Bezug genommen wird, handelt doch von einem Mandat, also einem unentgeltlichen Geschäft,

---

[1]) v. Savigny. System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1841. Bd. IV. S. 99.

[2]) cf. Mechtold Begriff und Wesen des negotium mixtum cum donatione. Jena 1904. S. 14.

[3]) cf. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. IV, S. 142. Auch hier ist gesagt das „sogenannte" n. m. c. d.

[4]) Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen. Berlin 1901. S. 11, 37.

[5]) § 1 l. 18 D. 39, 5. Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquenuium manumittas, non posse ante quinquenuium agi, quia donatio aliqua inesse videtur; aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manu mittas; hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem.

[6]) Siber, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung. 9. Bd. 1904. Seite 309.

in Verbindung mit einer Schenkung. Diesen Widerspruch findet Köppen[1]) selbst. Er kann denselben nicht anders lösen, als dass er sagt, bei den römischen Juristen fänden sich häufiger Inkonsequenzen bei der Verwendung von allgemein technischen Ausdrücken. So sei denn auch hier singulärer Weise ein unentgeltliches Rechtsgeschäft mit einer Schenkung verbunden. Dies ist aber eine sehr gesuchte und nicht zu rechtfertigende Auslegung jener Stelle. Zunächst ist negotium mixtum cum donatione in den Quellen nicht als technischer Ausdruck gebraucht. Ferner ist jene Stelle die einzige, in der negotium mixtum cum donatione in dieser Zusammenstellung vorkommt; und wenn gerade dort die Schenkung mit einem unentgeltlichen Geschäft verbunden ist, so darf man doch wohl annehmen, dass grundsätzlich auch die Verbindung eines unentgeltlichen Geschäftes mit einer Schenkung möglich ist. Dies ergiebt sich auch schon daraus, dass nach der Zusammenstellung „negotium mixtum cum donatione" das negotium jedes Rechtsgeschäft sein kann, das nicht donatio ist. Praktischen Wert und juristische Bedeutung hat das sogenannte negotium mixtum cum donatione freilich nur dann, wenn das negotium ein entgeltliches Rechtsgeschäft ist.[2])

Bezüglich der donatio herrschte im gemeinen Recht Streit darüber, ob die Annahme der Schenkung erforderlich und die Schenkung deshalb als Vertrag anzusehen sei. Die herrschende Ansicht[3]) ging dahin, dass die Schenkung ein Vertrag sei. Andere sprechen dagegen der

[1]) a. a. O. S. 37.

[2]) Krüger in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 30. Wien 1903. S. 250.

[3]) Schilling, Lehrbuch für Insitutionen und Geschichte des römischen Privatrechts. Bd. 3. Leipzig 1846. S. 770. Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 1897. S. 290. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. Bd. 3. Leipzig 1864. S. 445. Regelsberger, Pandekten Bd. 1. 1893. S. 613. Reichsgericht: Entscheidungen in Civilsachen. Bd. 26. S. 18. Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 26. No. 129. S. 707.

Schenkung den Vertragscharakter ab.[1]) Von diesen geben einige[2]) allerdings zu, dass freilich in den meisten Fällen die Schenkung ein Vertrag sei, dass es aber auch Fälle gebe, in denen die Schenkung ohne Vertrag zustande komme Bremer[3]) führt aus, es könne sehr wohl eine Schenkung durch einfache Tradition stattfinden, ohne dass sich ein Vertrag zwischen dem Geber und dem Empfänger annehmen lasse, wenn nämlich jemand, ohne sich als Geber zu offenbaren, dem anderen eine Geldsumme oder eine andere Sache zusende, wie dies ja im täglichen Leben häufig vorkomme. In einer solchen Zuwendung, die in Schenkungsabsicht gemacht sei, seien alle Merkmale der Schenkung enthalten. Es trete, wenn der Empfänger den in seine Detention gebrachten Gegenstand als ihn gehörig betrachte, animo domini Besitz ergreife, ein Übergang des Eigentums, eine der Absicht des Gebers entsprechende Vermögensverminderung und Bereicherung ein. Ein Vertrag könne aber hier nicht angenommen werden, da es an einer gegenseitigen Willenserklärung fehle. Zu einem Vertrage sei die Übereinstimmung der inneren Absicht nicht ausreichend. Der Empfänger habe nicht die Möglichkeit, seinen Willen in gehöriger Weise zu erklären. Dem dürfte aber entgegen zu halten sein, dass der Empfänger durch die Besitzergreifung der ihm von unbekannter Hand gegebenen Gabe dem Geber gerade ausdrücklich erklärt, dass er mit der Schenkung einverstanden sei, dass er also den ihm gemachten Schenkungsantrag annehme. Es kommt deshalb auch in einem solchen Falle ein Vertrag zustande.

Für die Vertragsnatur der Schenkung sprechen schon manche Stellen in den Quellen. Namentlich kommt hier in

[1]) Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2. 1889. S. 182. Baron, Pandekten. Leipzig 1893. v. Meyerfeld: Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht. Bd. 1. 1835. S. 34. Heimbach in Weiskes Rechtslexikon. Bd. 9. Leipzig 1855. S 670. v. Savigny, a. a. O. S. 145 ff. Bremer in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 13. Jena 1874. S. 136 ff.

[2]) Bremer, a. a. O. S. 136 ff. v. Savigny, a. a. O. S. 145 ff.

[3]) a. a. O. S. 136 ff.

Betracht l. 18 pr. D. 12, 1: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Hieraus geht deutlich hervor, dass Julian für die Schenkung ausdrücklich die Einigung der Parteien verlangt, dass er also die Vertragsnatur der Schenkung anerkennt. Ferner sind hier noch zu erwähnen l. 55 D. 44. 7, l. 19 § 2 D. 39, 5, l. 10 D. 39, 5.[1])

Die neueren Gesetzgebungen [2]) behandeln ebenfalls die Schenkung als Vertrag. Auch nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist der Schenkung Vertragsnatur zuerkannt. Nach § 516 B. G. B. ist eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Ist die Zuwendung ohne den Willen des Anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablaufe der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der andere sie vorher abgelehnt hat. Gerade aus dem Abs. 2 des § 516 B. G. B. geht hervor, dass die Schenkung nach dem B. G. B. als Vertrag behandelt wird; denn nach dem B. G. B. ist zu einem Vertrage ein „Antrag" des Vertrages und die „Annahme" dieses Antrages erforderlich, und dies wird nach § 516 Abs. 2 auch für die Schenkung verlangt. Es kann also keinem eine Schenkung ohne seinen Willen gemacht werden. [3])

Da das sogenannte negotium mixtum cum donatione eine Schenkung enthält, so sind bei demselben natürlich

[1]) l. 55 D. 44, 7: In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio, sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest.

l. 19 § 2 D. 39, 5: Non potest liberalitas nolenti adquiri.

l. 10 D. 39, 5 - - - - sed si nescit rem quae apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat.

[2]) Das allgemeine Landrecht I. 11 § 1037. Österreichisches bürgerliches Gesetzbuch § 938 in Verbindung mit § 939.

[3]) Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. für das deutsche Reich. Erlangen 1899.

Leistung und Gegenleistung nicht gleichwertig. Aber deshalb ist noch nicht jedes zweiseitige Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung nicht gleichwertig sind, als ein sogenanntes negotium mixtum cum donatione anzusehen. Es verkauft z. B. jemand eine Sache, die ihm viel Ärger bereitet, um einen Spottpreis, damit er sie nur los wird. Er denkt indessen garnicht daran, dem Käufer dadurch ein Geschenk zu gewähren. Oder jemand kauft einen Gegenstand, der nach Ansicht der Parteien höchstens 100 Mark wert ist, für 200 Mark, weil er ihn notwendig gebrauchen muss. Beim Abschluss des Kaufes ist es dem Käufer durchaus nicht in den Sinn gekommen, dem Verkäufer etwas zu schenken. In beiden Fällen liegt keine Schenkung vor, selbst wenn beim Abschluss des Rechtsgeschäfts die eine Partei der Ansicht war, es solle eine Schenkung stattfinden; es sind dann eben nicht beide Teile darüber einig gewesen, dass eine unentgeltliche Zuwendung erfolgen sollte.[1])

Ebensowenig darf man die simulierten Rechtsgeschäfte, die eine Schenkung verdecken sollen, als sog. negotia mixta cum donatione auffassen; denn diese sind nur eine scheinbare Verbindung von negotium und donatio. In Wirklichkeit wollen nämlich die Parteien nur die Schenkung. Sie beabsichtigen aber aus irgend einem Grunde, die Schenkung nicht hervortreten zu lassen, und geben deshalb ein anderes Rechtsgeschäft vor. Diese Geschäfte sind nach den für die verdeckten Rechtsgeschäfte geltenden Regeln zu behandeln. (B. G. B. § 117 Abs. 2.) Bei dem sog. negotium mixtum cum donatione sind aber sowohl das negotium als auch die donatio ernstlich gewollt.

III. Gegenstand der Schenkung.

Zunächst ist jetzt zu untersuchen, was bei dem sog. negotum mixtum cum donatione als geschenkt anzusehen ist.

[1]) Förster-Eccius a. a. O. S. 29, Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899. § 516 Anm. 8. R. G. E. Bd. 29 S. 266. Seufferts Archiv Bd. 31. No. 138.

Dies ist leicht zu beantworten, wenn der Käufer schenkungshalber einen höheren Preis zahlt, als der Wert der Sache nach Ansicht der Parteien beträgt, und wenn der Verkäufer die Schenkung annimmt. In einem solchen Falle ist der Teil des Kaufpreises als geschenkt zu betrachten, der nach der Meinung der Parteien den reellen Preis übersteigt.[1]) Hiergegen wird auch von keiner Seite etwas eingewendet.

Wie gestaltet sich aber die Entscheidung, wenn der Verkäufer der Schenker ist, wenn er eine Nichtgeldleistung verspricht? Dernburg[2]) vertritt den Standpunkt, dass alsdann ein Teil des Kaufpreises geschenkt sei. Was der Verkäufer schenken wolle, sei ein Teil des Kaufpreises, welchen er als dem Werte des Kaufgegenstandes entsprechend verlangen könne.

Diese Ansicht verteidigt besonders Lammfromm.[3]) Er behauptet,[4]) die Schenkung bestehe in einem teilweisen Erlass des ursprünglich als höher vereinbart anzusehenden Kaufpreises. Lammfromm geht davon aus, dass die Verbindung der Schenkung mit einem Umsatzvertrage, z. B. mit einem Kaufe,[5]) unmöglich in der Identität der Schenkung und der dem Umsatszwecke dienenden Mittel beruhen können. Vielmehr müssten Mittel der Schenkung und des Umsatzvertrages logisch verschieden sein; denn unmöglich könne mit einer und derselben Gabe, mit einem und demselben Versprechen zugleich eine objektive Vermehrung des Vermögens des Gegenkontrahenten und eine objektive Bereicherung des Schenkers bezweckt werden. Deshalb könne die Identität des den verbundenen Geschäftszwecken dienenden Mittels nur eine scheinbare sein. Möglich sei es, dass, falls der Verkäufer als Schenker auftrete, die Sache zum Teil Kauf-

[1]) Lammfromm: Teilumg. Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag. Leipzig 1897. S. 134.

[2]) Pr. Privatrecht Bd. 2. S. 436. Anm. 21, bürgl. Recht Bd. 2. S. 138.

[3]) a. a. O. S. 132 ff.

[4]) a. a. O. S. 134.

[5]) Kauf in Verbindung mit Schenkung soll in folgendem immer als Beispiel gebraucht werden.

gegenstand, zum Teil Mittel der Schenkung sei. Gewöhnlich und im Zweifel sei aber das Mittel der Schenkung in dem leistungsversprechen des Beschenkten zu suchen. Regelmässig sei daher die ganze Sache verkauft. Lammfromm kommt deshalb zu dem Schluss, die Schenkung müsse notwendig in einem teilweisen Nachlasse des Kaufpreises bestehen. Es sei das Geschäft so zu denken, dass der Kauf zu einem höheren als dem wirklich zu zahlenden abgeschlossen sei, dass aber gleichzeitig der Verkäufer einen Teil des Kaufpreises durch Erlass schenke.

Die herrschende[1]) Ansicht des gemeinen Rechts nimmt dagegen an, dass beim sog. negotium mixtum cum donatione für den Fall, dass der eine Nichtgeldleistung Versprechende bezw. Bewirkende der Schenker ist, die Schenkung in der Sachleistung enthalten sei, wenn sich aus den Verhandlungen der Parteien nicht ein anderes ergebe. Es sei dann die Sache zum Teil als geschenkt, zum Teil als umgesetzt anzusehen, es gelte der durch die Gegenleistung nicht gedeckte Teil der Sache als geschenkt.

Sehr ausführlich behandelt diese Ansicht Köppen in seiner Dissertation: Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen.[2]) Er stellt die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts als die allein richtige hin[3]) und verwirft entschieden den Standpunkt Lammfromms. Zunächst sucht er den Vorwurf Lammfromms[4]) zurückzuweisen, dass die Vertreter der herrschenden Ansicht sich dadurch eines Denkfehlers schuldig machten, dass sie das Mittel des Umsatzvertrages und dass der Schenkung identisch sein liessen. Es würde von ihnen durchaus nicht die ganze Leistung einerseits als Mittel des Umsatzvertrages andererseits als Mittel der Schenkung betrachtet,

[1]) v. Savigny a. a. O. S. 99. Bremer, a. a. O. S. 118. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Auflage. Frankfurt 1891. S. 341. Bekker a. a. O. S. 202. Förster-Eccius a. a. O. S. 29. Sf. Ach. Bd. 3, No. 356 Bd. 23 No. 198. Bd. 28 No. 223. Bd. 31 No. 138. Bd. 26 No. 129.

[2]) Berlin 1901.

[3]) a. a. O. S. 26 ff.

[4]) a. a. O. S. 134.

sondern nur ein Teil dieser Leistung sei Mittel des Umsatz- ein anderer Teil Mittel des Schenkungszwecks, und zwar stehe derjenige Teil, welcher dem Schenkungszwecke diene, gänzlich ausserhalb des Umsatzzwecks, derjenige Teil, welcher dem Umsatzzwecke diene, gänzlich ausserhalb des Schenkungszwecks. Jeder Teil beruhe eben auf seiner besonderen causa, der auf den Umsatzvertrag entfallende auf der causa obligandi sive solvendi, der auf die Schenkung entfallende auf der causa donandi.

Sowohl Köppen als Lammfromm berufen sich für die Richtigkeit ihrer Ansichten auf die Ansichten der Juristen in den Quellen. Lammfromm[1]) stützt sich namentlich auf l. 52 pr. D. 24, 1. Hier sagt Papinian: Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est; cum autem depositum inter eas personas minoris donationis causa aestimatur, depositum est. Haec idem tam varie, quia locatio sine mercede certa contrahi non potest, depositum autem et citra aestimationem quoque dari potest.

Es handelt sich hier, so meint Lammfromm,[2]) um einen ernstlich gewollten Mietsvertrag, mit dem eine Schenkung verbunden ist. Diese locatio ist aber nulla und zwar quia locatio sine mercede certa contrahi non potest. Und warum ist denn keine merces certa vorhanden? Mit Recht will Lammfromm „vilius locaverit" nicht wie v. Savigny[3]) mit Miete um einen Spottpreis übersetzen und diesen als merces incerta ansehen; denn ein Spottpreis, und ist er noch so klein, ist doch immer ein fest bestimmter Preis, also eine merces certa.

Ebenso klar sei es, so sagt Lammfromm, dass Papinian, wenn er den Mietvertrag wegen des Fehlens einer merces certa für nichtig erkläre, als wirklich von den Parteien gewollten bezw. vereinbarten Mietzins nicht die merces vilior angesehen habe, da ja die merces vilior festbestimmt sei: Papinian müsse daher notwendig als wirklich von den Parteien

[1]) a. a. O. S. 141 ff.
[2]) a. a. O. S. 142.
[3]) a. a. O. S. 100.

gewollten Mietzins einen höheren Betrag angesehen haben, der durch eine donandi animo vorgenommene remissio auf das geringere Mass reduziert worden sei, ohne dass die Parteien den wirklichen Mietzins ziffernmässig oder sonstwie festgesetzt hätten, da dies ausserhalb ihres Interesses liege.

Köppen[1]) nimmt dagegen an, dass Papinian an dieser Stelle von einem Mietvertrage spricht, der nur deshalb abgeschlossen sei, um dem Ehegatten durch Ansetzung eines überaus niedrigen Mietzinses entgegen dem gesetzlichen Schenkungsverbote eine unentgeltliche Zuwendung zu machen. Daher halte auch Papinian „da wegen des Mangels der wirtschaftlichen Gründe des ganzen Geschäfts Anhaltspunkte für die Reellität der Höhe des Preises nicht zu gewinnen" seien, den wirklich vereinbarten Preis für einen nicht festbestimmten Preis, für eine merces incerta. Und aus diesen Gründen betrachte Papinian „da Preisnormierung und Mietvertrag nicht von einander zu trennen seien den ganzen Vertrag als in fraudem legis donare vetantis geschlossen, sodass derselbe zusammenfallen müsse."[2])

Köppen kann mit diesen Ausführungen nicht Recht haben; denn der tatsächlich zu leistende Mietzins ist doch, selbst wenn er zur Umgehung des Schenkungsverbotes noch so niedrig angesetzt ist, immerhin eine merces certa. Es lässt sich m. E. die angeführte Stelle mit Lammfromm nur richtig dahin auslegen, dass die merces incerta und infolgedessen die locatio nulla ist, weil der von den Parteien als wirklich gewollt anzusehende höhere Mietpreis aus den Parteiverhandlungen nicht zu ermitteln ist. Da die Schenkung unter Ehegatten erfolgt ist, so ist sie nichtig. Für die locatio lässt sich aber der reelle Preis aus den Parteiverhandlungen nicht feststellen; denn die Parteien haben beim Abschluss des Vertrages den Mietpreis schenkungshalber sofort niedriger angesetzt, ohne mangels eines entsprechenden Interesses den ihrer Ansicht nach reellen Wert zu bestimmen. Der

---

[1]) a. a. O. S. 30. Er beruft sich auf v. Meyerfeld a. a. O. S. 318 und Schilling a. a. O. S. 791, welche die Stelle ebenso auslegen.

[2]) Köppen a. a. O. S. 30.

sofort niedriger gestellte Mietpreis ist deshalb weil es auf den reellen Preis ankommt, nicht als merces certa anzusehen und darum ist, da Papinian den gemeinen Nutzungswert garnicht in Betracht zieht, mangels eines festbestimmten Mietpreises die ganze locatio nichtig.[1]) Für die Richtigkeit dieser Ansicht sprechen auch l. 17 pr. D. 16, 1 und l. 5 § 5 D. 24, 1, auf die sich auch Lammfromm beruft.[2]) Freilich harrt seine Berufung auf diese Stellen des Beweises.[3]) Doch dieser Beweis ist nicht schwer zu führen. Diese Stellen lauten:

l. 17 pr. D. 16, 1.: vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat et in id pretium creditori suo delegaverat. respondit venditionem nullius momenti esse.

l. 5 § 5 D. 24, 1. Circa venditionem quoque Julianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti.

In beiden Fällen ist eine Schenkung beabsichtigt, die aber da inter virum et uxorem vorgenommen, ungültig ist. Mit der donatio ist ein emptio verbunden; diese kann aber auch nicht bestehen bleiben, eben weil es an einer merces certa fehlt. Und diese ist nicht vorhanden, da sich auch hier aus den oben angeführten Gründen der reelle Preis aus den Verhandlungen der Parteien nicht ermitteln lässt.

Es dürfte jetzt noch l. 5 § 5. 2. Satz D. 24, 1 zu erörtern sein enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior. Bei einer venditio cum donatione mixta soll also die venditio gelten, die remissio aber nicht, da sie ja inter virum et uxorem abgeschlossen ist. Die venditio lässt Neratius, dessen Ansicht Ulpian in dieser Stelle wiedergiebt, gültig sein, weil er „als Massstab für den reellen Preis den gemeinen Sachwert nimmt."[4])

Zu dieser Stelle bemerkt Köppen[5]) dass hier durch „ex pretio ei remisit" einer sofortigen wohlfeileren Preis-

[1]) Krüger a. a. O. S. 251.
[2]) a. a. O. S. 143.
[3]) Köppen a. a. O. S. 30.
[4]) Krüger a. a. O. S. 252
[5]) a. a. O. S. 30.

stellung Ausdruck verliehen werden und nicht der der Lammfromm'schen Theorie eigenen Nachlass eines ursprünglich höher angesetzten Preises angedeutet werden solle. Dadurch zeigt aber Köppen, dass er Lammfromm nicht verstanden hat.[1]) Denn auch Lammfromm[2]) nimmt an, dass in der Regel eine sofortige niedrigere Preisbestimmung stattfinde; denn die Parteien hätten meistens kein Interesse daran, den reellen Preis festzusetzen. „Aber die sofortige wohlfeilere Preisstellung, das hat Köppen übersehen, erfordert doch logisch als Gegensatz eine höhere Preisstellung, und daran müssen die Parteien gedacht haben, denn sonst läge doch kein Kauf mit Schenkung vor."[3])

Aus den angeführten Stellen erhellt, dass die römischen Juristen bei dem sog. negotium mixtum cum donatione die Schenkung in einem Nachlass eines Teiles des Kaufpreises erblicken, dass also Lammfromm sich mit Recht zur Begründung seiner Ansicht auf die Quellen stützt. Es ist beim Abschluss eines sog. negotium mixtum cum donatione der Vorgang folgendermassen zu denken: Beim Abschluss des Vertrages sind sich die Parteien darüber einig, dass der Verkäufer dem Käufer eine Schenkung machen will. Sie sind sich bewusst, dass der wirklich zu zahlende Kaufpreis geringer ist, als der reelle Wert der verkauften Sache nach ihrer Ansicht beträgt. Um die Schenkung zu bewirken, lässt der Verkäufer von dem reellen Preise, der aber in der Regel mangels eines entsprechenden Interesses der Parteien nicht bestimmt wird, dem Käufer sofort beim Abschluss des Vertrages den Betrag, den er schenken will, nach und macht so aus seinem Vermögen dem anderen eine unentgeltliche Zuwendung. Der Käufer nimmt diese Schenkung an. Es ist der Teil des Kaufpreises, der geschenkt wird, als ein Teil des Vermögens des Verkäufers anzusehen.

Nach einer Quellenstelle ist aber auch die Ansicht Köppens, der ja die herrschende Ansicht des gemeinen

---

[1]) Krüger a. a. O. S. 250.
[2]) a. a. O. S. 135.
[3]) Krüger a. a. O. S. 251.

Rechts verteidigt, zu rechtfertigen, nämlich nach l. 31 § 3 D. 24, 1.[1]) Dadurch dass Pomponius hier Miteigentum übergehen lässt, zeigt er, dass er bei dem sog. negotium mixtum cum donatione einen Teil der umgesetzten Sache als geschenkt ansieht. Pomponius setzt aber voraus, dass der Wert der umgesetzten Sache sich aus den Verhandlungen der Parteien ergebe. Dies ist aber nur selten möglich, da ja die Parteien in der Regel kein Interesse daran haben, den reellen Preis festzusetzen.

Diese einzige Stelle kann aber gegenüber den verschiedenen anderen, welche die Ansicht rechtfertigen: beim sog. negotium mixtum cum donatione ist ein Teil des Kaufpreises geschenkt, nicht sehr ins Gewicht fallen; denn einmal ist die von Pomponius dort vertretene Theorie selten anwendbar, da er voraussetzt, dass auf Grund der Parteiverhandlungen der reelle Preis zu bestimmen ist; andererseits zeigt aber Pomponius durch die Worte „melius dicetur" dass er selbst seiner Sache nicht ganz sicher ist.[2]) [3])

Wie ist es denn aber möglich, dass die Ansicht, die Schenkung bestehe bei dem sog. negotium mixtum cum donatione in einem Teile der Sachleistung, die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts geworden ist, trotzdem sie in den Quellen so wenig begründet ist? Es beruht darauf, dass jene Ansicht am meisten dem Verkehrsleben entspricht. Wenn jemand einen anderen schenkungshalber eine Sache für nur 200 verkauft, obschon sie nach Ansicht der Parteien einen grösseren Wert hat, so nehmen doch die Parteien höchst selten an, dass ein Teil des als ursprünglich höher gestellt anzusehenden Kaufpreises als Schenkung gelten solle. Sie würden es höchst sonderbar finden, wenn ihnen jemand sagte, sie müssten sich das Geschäft so denken, dass sie von dem als ursprünglich höher gestellt

[1]) l. 31 § 3 D. 24, 1: Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint, melius dicetur communia ea esse pro portione pretii, nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quanti ex pretio donationis causa sit remissum.

[2]) Lammfromm a. a. O. S. 147.

[3]) Krüger a. a. O. S. 252.

zu betrachtenden Kaufpreis zum Zwecke der Schenkung etwas nachgelassen hätten. Die Parteien wollen vielmehr meistens, dass ein Wertsteil der Sache geschenkt werden soll. Die Sache ist nach ihrer Ansicht zum Teil verkauft, zum Teil aber verschenkt.[1])

Den Vertretern der herrschenden Ansicht wird der Vorwurf gemacht,[2]) dass sie das Mittel des Umsatzvertrages und das der Schenkung identisch sein liessen, und dass man deshalb nicht sagen könne, ein Teil der Sache sei verkauft, ein anderer Teil geschenkt. Eine reelle Teilung der Sache ist freilich in der Regel nicht möglich. Sie ist aber auch garnicht notwendig. Es lässt sich doch die Sache ideell nach Bruchteilen zerlegen. Dann ist die Sache zu einem ideellen Teile verkauft, zu einem anderen ideellen Teile verschenkt. Mittel des Kaufes und der Schenkung sind deshalb durchaus verschieden. Zu welchem Bruchteile die Sache verkauft und zu welchem sie verschenkt ist, kann aus dem Verhältnis des gezahlten Kaufpreises zu der Differenz zwischen dem Werte der Sache und dem gezahlten Preise ermittelt werden.[3]) Ebenso lässt sich aus dem wirklich gezahlten Preise und dem Werte der verkauften Sache der Wert der Schenkung berechnen; er stellt sich dar als die Differenz zwischen dem wirklich gezahlten Preise und dem Werte der Sache. Als Wert der Sache muss man den Wert annehmen, den die Sache nach der Ansicht der Parteien hat; denn dadurch wird man den Interessen der Parteien am meisten gerecht. In der Regel wird sich aber aus den Verhandlungen der Parteien dieser subjektive Wert nicht bestimmen lassen; die Parteien haben meistens kein Interesse daran, den reellen Preis zu vereinbaren, sie einigen sich vielmehr nur über den wirklich zu zahlenden Preis. Wenn nun der subjektive Wert nicht zu ermitteln ist, so muss man bei der Berechnung den objektiven Wert der Sache zu Grunde legen. Mag nun auch dieser objektive Wert sich nicht immer mit dem subjektiven Werte decken,

[1]) So sagt man: „Die Sache ist halb geschenkt“ vgl. Weihrauch a. a. O. S. 244.
[2]) Lammfromm a. a. O. S. 134.
[3]) cf. Weihrauch a. a. O. S. 245.

so ist aber doch anzunehmen, dass man, wenn der objektive Wert zu Grunde gelegt wird, dem subjektiven Wert am nächsten kommen wird; und dies ist Recht und billig.

Es kann aber auch sein, dass die Parteien sich beim Abschluss des Kaufes bewusst sind, es solle ein Teil des Kaufpreises geschenkt sein, und zwar solle von dem als ursprünglich höher angesetzt anzusehenden Kaufpreise ein Teil nachgelassen sein. Dies ist aber nur möglich, wenn die von dem Schenker zu empfangene Gegenleistung in Geld besteht. Lammfromm setzt dies stillschweigend voraus. Wenn aber keine Geldleistung des Beschenkten vorhanden ist, so z. B. beim Tausch,[1]) so kann natürlich auch von dem Preise nichts nachgelassen werden. In einem solchen Falle kann die Schenkung doch nur in der Sachleistung des Schenkenden gefunden werden. Hier ist also die Lammfromm'sche Theorie nicht anwendbar.

M. E. konnte für die Beantwortung der Frage: was ist beim sog. negotium mixtum cum donatine als geschenkt anzusehen, in erster Linie der Wille der Parteien in Betracht. Lässt sich indessen aus den Parteiverhandlungen nicht feststellen, ob diese die Schenkung in der Sachleistung oder in einem Nachlass des Kaufpreises erblicken, so ist m. E die Schenkung in der Sachleistung des Schenkers zu suchen. Es ist dann die Sache zu einem ideellen Teil Gegenstand des Kaufes, zu einem anderen Gegenstand der Schenkung.[2]) Diese Ansicht entspricht, wie erwähnt, im Allgemeinen dem Verkehrsleben, da die Parteien beim Abschluss eines sog. negotium mixtum cum donatione viel eher daran denken, einen Teil der Sache als einen Teil des als ursprünglich höher gestellt anzusehenden Kaufpreises zu schenken. Zudem ist die herrschende Ansicht praktisch besser zu verwerten als die Lammfromm'sche Ansicht; denn diese versagt ja, wenn die Leistung des Beschenkten nicht in Geld besteht.

[1]) Köppen a. a. O. S. 28: Matthes: Die gemischte Schenkung nach neuem Recht. Dissertation. Rostock 1904. S. 39.

[2]) cf. Matthes a. a. O. S. 37.

IV. Die rechtliche Behandlung des sog. negotium mixtum cum donatione.

Nachdem die Frage: „Was ist beim sog. negotium mixtum cum donatione als geschenkt anzusehen?“ in dem oben angeführten Sinne entschieden ist, fragt es sich weiter: Als was ist das sog. negotium mixtum cum donatione rechtlich aufzufassen und zu behandeln? Hierüber herrscht ebenfalls lebhafter Streit. Schilling[1]) nimmt an, dass, falls kein Schenkungsverbot entgegenstehe, das sog. negotium mixtum cum donatione als ein Vertrag zu behandeln sei. Dieser Vertrag sei alsdann nach den Regeln des der Schenkung zu Grunde liegenden Geschäfts zu beurteilen, wobei die sonstigen Beschränkungen der Schenkung nicht in Betracht kämen. Schilling stützt sich namentlich auf l. 38 D. 18, 1: Si quis donationis causa minoris vendat venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubihum non est venditionem valere, hoc inter ceteros, inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est. Schilling[2]) führt aus: da es an dieser Stelle schlechthin heisse: venditio valet und dubium non est venditionem valere, ohne dass eine Beschränkung aus Rücksicht auf die dem Kaufe beigemischte Schenkung hinzugefügt sei, so ergebe sich das oben aufgestellte Resultat.

Gerade auf Schilling beruft sich ein Urteil des Oberappelationsgerichts zu Rostock vom 1. Dezember 1870.[3]) Auch dieses will das sog. negotium mixtum cum donatione als einen Vertrag behandelt wissen, aber so, dass „ein solches Geschäft für die rechtliche Beurteilung nicht in seine Bestandteile zerlegt, sondern in seiner Totalität entweder als Kauf oder als Schenkung aufgefasst werden müsse.“

[1]) a. a. O. S. 788 ff. 792. Vgl. Endemann Lehrbuch des bürgl. Rechts. Bd. I S. 1029: „Nur eine einheitliche Entscheidung ist möglich.“

[2]) a. a. O. S. 792.

[3]) Sf. Arch. Bd. 28 No. 223.

Schilling's Auslegung der l. 38 D. 18, 1 stellt Bremer[1]) als unrichtig hin. Er meint, dass Ulpian hier lediglich zeigen wolle, „welche Einwirkung es auf den Kaufkontrakt habe, wenn aus Absicht der Schenkung der Preis gänzlich fingiert oder niedriger gestellt sei, nicht aber, welchen Erfordernissen und Beschränkungen die Schenkung unterliege." Als Begründung führt er an, dass jene Stelle nicht in dem Titel de donationibus stehe, sondern in dem de contrahenda emptione und zwar zwischen Stellen, welche namentlich die Feststellung des Preises behandelten. Er kommt zu dem Schluss, dass die Werte nullius momenti im Falle des Verkaufes viliore pretio donandi causa nicht andeuten sollten, dass der ganze Verkauf nicht gelten solle, sondern dass sie dahin zu verstehen seien, so nütze der Verkauf nichts, derselbe komme für die verbotene Schenkung nicht in Betracht.[2])

Derselbe Grund bestimmt Köppen[3]) zu behaupten, dass Ulpian hier lediglich zeigen wolle, dass in einem solchen Falle der Kauf gelte, dass Ulpian aber als „feiner Systematiker" die rechtliche Behandlung der Schenkung hier nicht erörtere.

Es findet sich freilich die fragliche Stelle (l. 38 D. 18, 1) in den Digesten in der Lehre vom Kauf, dagegen nicht bei Ulpian. Dieser behandelt nämlich in l. 7 disp., wo diese Stelle aufgeführt ist, noch weitere Schenkungsfälle.[4]) (Lenel Palingenesia fr. 123, 126). Daraus dass Ulpian jene Stelle unter Stellen behandelt, die sich über die Schenkung verbreiten, ist doch wohl zu schliessen, dass er nicht lediglich die Behandlung des Kaufes zeigen will, sondern dass es

---

[1]) a. a. O. S. 125. Regelsberger a. a. O. S. 612. Anmerkung 3 will den Ausdruck venditio facta pretio viliore nullius momenti est dahin verstanden wissen: Das Geschäft gilt nicht, soweit zu billig verkauft ist.

Vgl. Lammfromm a. a. O. S. 148 Anm. 1.

Mechtold: Begriff und Wesen des negotium mixtum cum donatione. Dissertation. Jena 1904. S. 18, welche Regelsberger und Bremer nicht beistimmen.

[2]) Bremer a. a. O. S. 127.

[3]) a. a. O. S. 50.

[4]) Siber a. a. O. S. 315.

ihm hauptsächlich auf die Behandlung der Schenkung ankommt, dass Ulpian also unter venditio valet versteht: Das ganze Geschäft gilt als Kauf, und dass er mit venditio facta pretio viliore nullius momenti est sagen will: das ganze Geschäft ist nichtig.

Demnach hat Schilling Recht, wenn er behauptet, nach l. 38 D. 18, 1 sei das sog. negotium mixtum cum donatione nach den Regeln des mit der Schenkung verbundenen Geschäfts zu behandeln.[1]) Die Ansicht Schillings ist aber nicht die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts geworden; denn sie entspricht nicht dem sich stets weiter entwickelnden Verkehrsleben. Die von Schilling gewollte Behandlung des sog. negotium cum donatione mixtum konnte wohl für die Römer zur Anwendung kommen, da diesen eine gewisse Abneigung gegen das Schenken eigen war.[2]) Heute aber würden die Parteien es als ein grosses Unrecht empfinden, wenn das ganze Geschäft nach den Regeln des mit der Schenkung verbundenen Kaufes behandelt werden sollte, trotzdem sie doch Kauf und Schenkung wollen. Die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts geht deshalb dahin, dass das sog. negotium cum donatione mixtum, soweit es negotium sei, den Regeln des negotium, soweit es aber donatio sei, den Regeln der donatio unterworfen werden müssen,[3]) dass also negotium und donatio getrennt zu behandeln seien.

Besonders eingehend befasst sich mit dieser Theorie Köppen.[4]) Er nimmt an, in dem sog. negotium mixtum cum donatione steckten zwei verschiedene Geschäfte. Ne-

---

[1]) Schilling S. 788 a. a. O.
Eine andere Ansicht will das sog. negotium mixtum cum donatione ganz als Schenkung behandelt wissen. (Titraquellus). Allein diese Ansicht ist wenig beachtet worden und hat kaum Anhänger gefunden.

[2]) Mechtold S. 25 a. a. O.

[3]) v. Savigny a. a. O. S. 99. Windscheid a. a. O. S. 507. Heinbach a. a. O. S. 655. Holzschuher a. a. O. S. 446. Dernburg Pr. Privatrecht Bd. 2 S. 436. Regelsberger a. a. O. S. 611. Bekker System des heutigen Pandektenrechts Bd. II S. 202. Bremer a. a. O. S. 118.

[4]) a. a. O.

gotium und donatio seien nach Möglichkeit einzeln zu behandeln. Es träten dann die in dem negotium mixtum cum donatione enthaltenen Geschäfte in die Erscheinung, welche nach den für sie speciell geltenden Regeln zu beurteilen seien.[1]) Dieses Prinzip findet er in l. 5 § 2 D. 24, 1 begründet.[2]) Es sei in dieser Stelle, so sagt Köppen,[3]) freilich ein negotium mixtum cum donatione unter Ehegatten, also Personen, die einander nicht schenken dürften, behandelt. Die Römer hätten aber die aus dem Verbote der Schenkung unter Ehegatten gewonnenen Resultate auch auf andere Fälle angewendet, da sie bekanntlich die Schenkungsregeln an dem Verbote der Schenkungen unter Ehegatten entwickelt hätten. Deshalb könne man auch in dem vorliegenden Falle das für das negotium mixtum cum donatione aufgestellte Prinzip als allgemein geltendes annehmen.

Gegen den hier aufgestellten Grundsatz wollen wir keine Einwendungen machen. Aber es ist zu untersuchen, ob denn die fragliche Stelle wirklich die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts begründet.

Köppen will l. 5 § 2 D. 24, 1 folgendermassen verstanden wissen:[4]) „Liegt eine Verbindung von negotium und donatio vor, so kommt es darauf an, ob das negotium von der Schenkung getrennt werden kann oder nicht. Ist eine Trennung nicht möglich, so wird auch die Schenkung durch das Verbot unter Ehegatten, d. h. verallgemeinert durch die Schenkungsbeschränkungen überhaupt nicht gehindert, das ganze Geschäft gilt vielmehr als negotium der betreffenden Art; ist eine Trennung möglich, so gilt unter Ehegatten das negotium, die Schenkung nicht, d. h. verallgemeinert, das negotium gilt, auf die Schenkung finden die Schenkungsbeschränkungen Anwendung.

---

[1]) Köppen a. a. O. S. 34, 52.

[2]) l. 5 § 2 D. 24, 1. Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere: quodsi aliarum extrinsecus verum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri, si separari possit, cetara valere, id quod donatum sit, non valere.

[3]) a. a. O. S. 51.

[4]) Köppen a. a. O. S. 51.

Diesen Sinn kann aber jene Stelle unmöglich haben. Köppen hat nämlich bei der Übersetzung dem Passus: quodsi aliarum extriusecus rerum personarumve causa commixta sit nicht die notwendige Beachtung geschenkt. Und gerade in diesem Passus liegt, so sagt Krüger,[1]) „der Schwerpunkt der Entscheidung und die unerlässliche Voraussetzuug für die weitere Frage, ob die Möglichkeit der Trennung von negotium und donatio für die Entscheidung selbst wesentlich ist. Es muss ein Umstand von aussen her, (extrinsecus) die commixtio herbeiführen." Zum Verständnis der Stelle muss man den vorhergehenden Paragraphen heranziehen.[2])

„Der Ehemann hat seine Frau und einem Dritten als duo rei promittendi, und diese sind eventuell socii. Es kann nun unter Umständen, wenn der Mann dem Dritten schenkungshalber die Schuld erlässt, auch die Ehefrau trotz des Schenkungsverbotes von der Schuld frei werden, auch ihr kommt die Schenkung zu Gute." Meistens wird es sich hier dann wohl so verhalten, dass der Mann formell dem Dritten die Schuld erlässt, um so auch die Vorteile der Schenkung der Frau zuzuwenden. Und gerade diese dritte Person ist die extrinsecus persona. „Liegt nun solche Kombination des Tatbestandes vor, nach dem die Schenkung unter Ehegatten lediglich per consequentias (l. 29, D. 24, 1) Gültigkeit erlangen kann, dann, auch nur dann ist es von Wichtigkeit, ob negotium und donatio getrennt werden können;" z. B. ist eine Trennung möglich, wenn die obigen duo rei promittendi nicht socii sind, man kann sie aber nicht trennen, wenn die duo rei promittendi socii sind.

Diese Ausführungen Krügers[3]) zu jener Stelle sind m. E. durchaus richtig; denn wenn man bei der Übersetzung des Passus puodsi aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit den vorhergehenden

[1]) a. a. O. S. 253.

[2]) l. 5 § 1 D. 24, 1: Si maritus duos reos habeat Titium et mulierem et mulieri accepto tulerit donationis causa, neuter liberatur, quia acceptilatio non valet: et haec Julianus libero septimo decimo digestorum scribit. Plane si mihi proponas Titio accepto latum ipse quidem liberabitur, mulier manebit obligata.

[3]) a. a. O. S. 253.

Paragraphen in Betracht zieht, so ist es in der Tat nicht gut möglich, die Stelle anders als in dem von Krüger angeführten Sinne zu übersetzen. Die Auslegung dieser Stelle durch Köppen ist deshalb nicht zu halten und daher auch die Behauptung hinfällig, dass gerade in l. 5 § 2 D. 24, 1 die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts begründet sei.

Ausführlich behandelt auf Grund der Quellen auch Mechtold[1]) die Frage nach der rechtlichen Natur des sog. negotium mixtum cum donatione. Er leitet ein Prinzip her aus l. 5 § 5 D. 24, 1 und versteht[2]) darnach unter negotium mixtum cum donatione ein Rechtsgeschäft, bei dem ein entgeltliches Geschäft als Hauptgeschäft mit einer Schenkung als Nebengeschäft rechtlich dergestalt verbunden ist, dass das entgeltliche Geschäft die Schenkung vermittelt, so dass diese nur in einer Bereicherung durch das Hauptgeschäft bestehen kann. Er sieht die ganze Sache als verkauft an. Mag nun immerhin l. 5 § 5 D. 24, 1 das von Mechtold aufgestellte Prinzip enthalten, mag dasselbe in der Praxis zu ganz bequemen Resultaten führen, so ist jene Ansicht trotzdem für das heutige Verkehrsleben nur selten anwendbar; denn nach Mechtold ist die Sache stets ganz Gegenstand des Kaufes, während aber die Parteien in der Regel doch die Sache nur zum Teil als verkauft, zum anderen Teil aber als geschenkt ansehen.

M. E. ist es unmöglich auf Grund der Quellen eine bestimmte Theorie für die rechtliche Behandlung des sog. negotium mixtum cum donatione aufzustellen, zu sagen, die römischen Juristen sind grundsätzlich dieser oder jener Ansicht gefolgt. Die römischen Juristen waren sich durchaus nicht einig über die rechtliche Behandlung, wie aus den einzelnen sich widersprechenden Quellenstellen deutlich hervorgeht. So behandelt z. B. Neratius (l. 5 § 5 D. 24, 1) und Pomponius (l. 31 § 3 D. 24, 1) negotium und donatio einzeln nach den für sie geltenden Regeln, aber auch noch nicht einheitlich; denn bei Ungültigkeit der Schenkuug

---

[1]) Begriff und Wesen des negotium mixtum cum donatione.
[2]) a. a. O. S. 42.

giebt Neratius einen Anspruch auf die Bereicherung während Pomponius Miteigentum entstehen lässt. Anderseits will Ulpian (l. 38, D. 18, 1) das sog. negotium mixtum cum donatione ganz nach den Regeln des mit der Schenkung verbundenen Geschäfts behandelt wissen.

Nun soll sich sogar bei Ulpian selbst noch ein Widerspruch finden Diesen Widerspruch sollen l. 38 D. 18, 1 und l. 5 § 5 D. 24, 1 enthalten.[1]) Beide Stellen rühren von Ulpian her. In der ersten Stelle unterwirft Ulpian das sog. negotium mixtum cum donatione ganz den bestehenden Vorschriften des mit der donatio verbundenen negotium. In der anderen gibt er die Ansicht des Neratius wieder, der negotium und donatio getrennt behandelt. Diejenigen, welche den Widerspruch finden, nehmen an, dass Ulpian hier die Ansicht des Neratius als seine eigenen hinstellt und deshalb hier eine andere Ansicht vertritt als in l. 38 D. 18, 1.

Bremer[2]) und Regelsberger[3]) suchen nun diesen Widerspruch zu lösen. Nach ihrer Meinung soll in l. 38 D. 18, 1 venditio nullius momenti heissen: so nützt der Verkauf nichts, derselbe kommt für die verbotene Schenkung nicht in Betracht, (Bremer) und: der Kauf gilt nicht, soweit Schenkung vorliegt. (Regelsberger.) Da es Ulpian aber hier gerade auf die Behandlung der Schenkung ankommt,[4]) so will er natürlich mit veditio nullius momenti est auch die Behandlung der Schenkung regeln und also sagen: das sog. negotium mixtum cum donatione ist ungültig und zwar ganz und gar, nicht nur, soweit Schenkung darin enthalten ist. Bremer und Regelsberger haben also den Widerspruch nicht gelöst.

M. E. ist aber gar keine Einigung dieser Stellen erforderlich. Widerspricht sich denn Ulpian wirklich? Es ist doch nicht absolut notwendig anzunehmen, dass Ulpian, wenn er die Meinung des Neratius wiedergiebt, diese als

---

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 611. Anm. 3. Lammfromm a. a. O. S. 141. Bremer a. a. O. S. 127. Köppen a. a. O. S. 56.
[2]) a. a. O. S. 127.
[3]) a. a. O. S. 611. Anm. 3.
[4]) vgl. S. 25, 26.

seine eigene Meinung hinstellt. Ulpian führt in l. 5 § 5 D. 24, 1 zunächst die Ansicht Julians an. Diese deckt sich mit der von Ulpian in l. 38 D. 18, 1 aufgestellten Ansicht. Zu dieser Ansicht Julians will nun m. E. Ulpian die Ansicht des Neratius lediglich als abweichende Ansicht ganz objektiv anführen. Er will eben zeigen, dass die römischen Juristen über die rechtliche Behandlung des sog. negotium mixtum cum donatione sich nicht einig sind.

Da nun die römischen Juristen für die rechtliche Behandlung des sog. negotium mixtum cum donatione kein einheitliches Prinzip befolgt haben und sich infolgedessen auch im gemeinen Recht, auf das man mangels bestimmter Vorschriften des bürgerlichen Rechts für die rechtliche Behandlung des sog. negotium mixtum cum donatione naturgemäss zurückgreift, verschiedene Ansichten finden, so fragt es sich, welches Prinzip für das heutige bürgerliche Recht das korrekteste und brauchbarste ist.

M. E. wird keine der auf Grund der Quellen aufgestellten Theorien in allen Fällen[1]) dem Parteiwillen gerecht. Und gerade der Wille der Parteien kommt doch in erster Linie für die Behandlung des Rechtsgeschäfts in Betracht, und darnach ist auch die rechtliche Behandlung des sog. negotium mixtum cum donatione einzurichten.

Schliessen nun die Parteien ein sog. negotium mixtum cum donatione, so ist es doch höchst selten ihre Absicht, dass das ganze Geschäft nach den Regeln des Kaufes oder ganz nach den Regeln der Schenkung behandelt werde. Sie wollen vielmehr Kauf und Schenkung, und es entspricht deshalb ihrem Willen, dass Kauf und Schenkung nach Möglichkeit getrennt behandelt werden, wie es ja auch die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts verlangt. Es darf aber das Geschäft nicht so aufgefasst werden, dass es sich bei demselben um zwei selbständige Geschäfte handele; denn das widerspräche den Willen der Parteien. Diese wollen vielmehr, wenn sie eine gemischte Schenkung

[1]) Auch die herrschende Theorie des gemeinen Rechts versagt bei Haftung wegen Mängel, wenn ein Teil der Sache als geschenkt anzusehen ist.

abschliessen, Kauf und Schenkung in einem einheitlichen Vertrage. Es liegt ihnen vollständig fern, zwei selbständige Rechtsgeschäfte zu tätigen. Aber, und das ist das Wesentliche, dieser einheitliche Vertrag besteht aus zwei Bestandteilen, aus dem negotium und der donatio; und diese beiden Bestandteile haben, um dem Willen der Parteien gerecht zu werden, einzeln den für sie geltenden Regeln nach Möglichkeit, soweit es eben nicht zu Unzuträglichkeiten führt, zu folgen.[1])

Gegenstand des Kaufes ist alsdann, wenn ein Teil des als ursprünglich höher gestellt anzusehenden Kaufpreises geschenkt ist, die ganze Sache; besteht dagegen die Schenkung in einem ideellen Teile des zu leistenden Gegenstandes, so ist nur ein Teil dieses Gegenstandes als verkauft anzusehen. In beiden Fällen stehen die beiden Bestandteile des Geschäfts grundsätzlich gleichwertig neben einander. Deshalb muss eigentlich, wenn der eine Bestandteil des Geschäfts nichtig ist, der andere Bestandteil bestehen bleiben. Dies könnte aber zu grossen Unbilligkeiten führen; wenn z. B. die Schenkung ungültig ist, so wird der Käufer in der Regel auch an dem Bestehen des Kaufes kein Interesse mehr haben, da er eben den Verkauf nur der Sckenkung wegen abgeschlossen hat. In einem solchen Falle dürfte § 139 des bürgerlichen Gesetzbuches analog anzuwenden sein. Es ist dann zu untersuchen, ob das Geschäft auch ohne den nichtigen Bestandteil vorgenommen wäre. Würde es auch ohne den nichtigen Bestandteil gewollt sein, so bleibt der andere Bestandteil gültig, andernfalls ist das ganze Geschäft nichtig.

Der Grundsatz, dass beide Bestandteile des einheitlichen Vertrages gleichwertig und gleichberechtigt neben einander stehen, erleidet aber eine Ausnahme, nämlich dann, wenn das negotium nichtig ist und die Schenkung in einem Nachlass des Kaufpreises bestehen soll. Da in diesem Falle kein Kauf zustande gekommen ist, so ist auch kein

[1]) cf. Weihrauch a. a. O. S. 240. Planck bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Bd. II. S. 238. Dernburg bürgl. Recht Bd. II. 2. S. 138. Förster-Eccius a. a. O. S. 29.

gültiger Kaufpreis vereinbart worden, es ist gar kein Kaufpreis vorhanden, deshalb kann auch von dem Kaufpreise schenkungshalber nichts nachgelassen werden. Es ist also hier die Schenkung immer abhängig von der Gültigkeit des Kaufes und dürfte der Kauf gewissermassen als Hauptgeschäft anzusehen sein.[1])

Es ist also unter dem sog. negotium mixtum cum donatione ein Rechtsgeschäft zu verstehen, bei dem in einem einheitlichen Vertrage negotium und donatio abgeschlossen werden, und zwar besteht dieser Vertrag aus zwei grundsätzlich gleichwertig nebeneinander stehenden Bestandteilen, welche einzeln nach den für sie geltenden Regeln behandelt werden müssen.

Auch eine Entscheidung des Reichsgerichts will als gemischte Schenkung nur diejenige behandelt wissen, welche mit einem entgeltlichen Geschäfte verbunden ist und neben letzterem auf den überschiessenden Wert gelten soll. Daraus dass hier gesagt ist, die Schenkung solle neben dem entgeltlichen Geschäft gelten, ist doch anzunehmen, dass Schenkung und entgeltliches Geschäft gleichberechtigt sein sollen. Diese Entscheidung ist freilich für das allgemeine Landrecht gegeben. Doch darf man sie auch auf das heutige bürgerliche Recht anwenden; denn das allgemeine Landrecht enthält keine Vorschriften über die Behandlung der gemischten Schenkung und sind deshalb jene Ausführungen allgemeiner Natur.[2])

---

[1]) cf. Lammfromm a. a. O. S. 136, 149, 151.

[2]) R. G. E. Bd. 29 S. 266. Es ist dort Bezug genommen auf Förster-Eccius a. a. O. Bd. II. S. 28.

[3]) Mechtold a. a. O. S. 43.

B. Besonderer Teil.

Die Anwendung der für das sog. negotium mixtum cum donatione aufgestellten Grundsätze auf das geltende Recht.

I. Formvorschrift des § 518 B. G. B.

Im römischen Recht war zur Gültigkeit einer Schenkung, soweit sie den Betrag von 500 Solidi überstieg, die gerichtliche Insinuation, d. h. die Erklärung des Schenkwillen vor Gericht erforderlich.[1]) Im gemeinen Recht, das die Insinuationsvorschriften des römischen Rechts übernommen hat, ging daher die herrschende Ansicht[2]) dahin, dass auch bei dem sog. negotium mixtum cum donatione die in demselben enthaltene Schenkung den Vorschriften über die Insinuation unterliege. Diese Ansicht gründet sich darauf, dass auch nach gemeinem Recht negotium und donatio nach Möglichkeit getrennt zu behandeln sind.

Zu einem anderen Resultat gelangt natürlich konsequenter Weise Schilling[3]) und, auf dessen Ausführungen gestützt, das Urteil des Oberappellationsgerichtes zu Rostock vom 1. Dezember 1870.[4]) Sie sehen überhaupt von einer Insinuation ab, da sie das ganze Geschäft und somit auch die Schenkung den Regeln des negotium folgen lassen.

Das bürgerliche Recht verlangt nun allerdings nicht mehr eine Insinuation für den eine gewisse Summe übersteigenden Betrag. Dagegen fordert es für ein Schenkungsversprechen die Befolgung bestimmter Formvorschriften, während eine sofort bewirkte Schenkung formlos ist. In § 518 B. G. B. ist nämlich folgendes bestimmt: „Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise

---

[1]) vgl. Sohm: Institutionen des römischen Rechts. S. 208 und 396.

[2]) Holzschuher a. a. O S. 446. v. Savigny a. a. O. S. 103. Bremer a a. O. S. 121. Sf. Arch. Bd. 6 No. 38. Bd. 18 No. 37, Bd. 31 No. 138.

[3]) a. a. O. S. 788.

[4]) Sf. Arch. Bd. 28 No. 228.

versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich."

Diese Vorschrift hat nach den Motiven[1]) den Zweck, übereilte Schenkungsversprechungen zu verhüten, Klarheit darüber zu schaffen, ob ein wirkliches Schenkungsversprechen vorliegt oder nur die Absicht, künftig schenken zu wollen. Ferner soll sie dazu dienen, Umgehungen der Vorschriften über die Form letzwilliger Verfügungen und Schenkungen auf den Todesfall vorzubeugen und Streitigkeiten über die angeblichen Schenkungsversprechen eines Verstorbenen nach Möglichkeit zu verhindern.

Hieraus geht deutlich hervor, zu welchen unhaltbaren Konsequenzen die Anwendung der von Schilling vertretenen Ansicht, dass das sog. negotium mixtum cum donatione ganz nach den Vorschriften des negotum zu behandeln sei, für das heutige Recht führen würde. Einerseits würde der mit der Formvorschrift des § 518 B. G. B. beabsichtigte Zweck auf Grund der Theorie Schillings nicht erreicht, andererseits würde aber gerade die Befolgung jener Ansicht dazu dienen können, die für die Schenkung verlangte Formvorschrift zu umgehen. Die Parteien könnten dann zur Umgehung der Formvorschrift bei einem Schenkungsversprechen vereinbaren, dass der Versprechensempfänger eine nicht dem Werte der versprochenen Leistung entsprechende Gegenleistung zu gewähren habe, mit anderen Worten, sie schliessen ein sog. negotium mixtum cum donatione und sind so der lästigen Formvorschrift ledig. Natürlich muss aber das sog. negotium mixtum cum donatione nicht bloss zum Schein, sondern ernstlich abgeschlossen sein.

Für die Anwendung des § 518 B. G. B. auf das sog. negotium mixtum cum donatione ist nun zunächst zu beachten, dass keine Beurkundung stattzufinden braucht, wenn aus den Verhandlungen der Parteien zu entnehmen ist, dass die Schenkung in dem Nachlass eines Teiles des als ursprünglich höher gestellt anzusehenden Kaufpreises besteht;

---

[1]) Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. 2 S. 293.

denn hier liegt kein Schenkungsversprechen vor. Dadurch das beim Abschluss des Geschäfts ein Teil des Preises sofort schenkungshalber nachgelassen wird, ist die Schenkung bereits vollzogen; mit dem Abschluss des Erlassvertrages gilt nämlich beim schenkweisen Erlass einer Forderung die Schenkung als bewirkt.[1]) Trotzdem will Köppen[2]) auch in diesem Falle die Vorschriften des § 518 B. G. B. angewendet wissen, was aber logisch nicht zulässig ist.

Weit anders gestaltet sich indessen die Anwendung der Formvorschrift, wenn ein Teil der Sachleistung versprochen wird. Köppen[3]) meint, in einem solchen Falle müsse zur Gültigkeit des Schenkungsversprechens das ganze negotium mixtum cum donatione der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterworfen werden. Da es auf das Schenkungsversprechen als solches ankomme, könne eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung des in der gemischten Schenkung enthaltenen Geldwertes nicht genügen, es müsse vielmehr für das Schenkungsversprechen selbst, wie es abgegeben sei, die Formvorschrift des § 518 B. G. B. angewendet werden. Dies könne aber in dem Falle, wo das Schenkungsversprechen einen Teil des auf Grund des negotium abgegebene Sachleistungsversprechen bilde, nur dadurch geschehen, dass das ganze Sachleistungsversprechen, mithin das ganze negotium mixtum cum donatione in der vorgeschriebenen Form beurkundet werde.

Zu diesem Ergebnis gelangt Köppen, obgleich er negotium und donatio getrennt behandelt wissen will.[4]) Es ist aber m. E. danz gut möglich, das Schenkungsversprechen getrennt von dem negotium auf Grund des § 518 B. G. B. gerichtlich oder notariell zu beurkunden. Beim Abschluss des sog. negotium mixtum cum donatione ver-

---

[1]) vgl. Cosack Lehrbuch des deutschen bürgl. Rechts. Bd. I, S. 494 ff.

[2]) [3]) a. a. S. 72.

[4]) Zu demselben Resultat gelangt auch Weihrauch (a. a. O. S. 217) auf Grund der Erwägung, dass kein reines Schenkungsversprechen vorliege, dass vielmehr ein solches untrennbar in dem Gesamtvertrage enthalten sei.

kauft der Schenker einen ideellen Teil der zu leistenden Sache, einen anderen ideellen Teil verspricht er zu schenken. Der Kaufpreis ist beim Abschluss des Geschäfts vereinbart. Daher lässt sich der Wert des Teils der Sache, welcher geschenkt werden soll, ermitteln. Es steht dann doch nichts im Wege, gerichtlich oder notariell zu beurkunden, der Schenker wolle den Mehrwert der Sache, welche er dem Käufer für eine bestimmte Summe, die hinter dem reellen Kaufpreise zurückbleibe, unentgeltlich zuwenden.[1]) Diese Form der Beurkundung entspricht gegenüber der von Köppen aufgestellten Ansicht dem Grundsatze, dass negotium und donatio nach Möglichkeit getrennt den für sie geltenden Regeln zu unterwerfen sind. Auch vom praktischen Standpunkt aus ist diese Ansicht besser zu verwerten. Sie erfordert nämlich bei Ausstellung der Schenkungsurkunden vor dem Richter oder Notar nur die Mitwirkung desjenigen, der die Schenkung verspricht. Muss aber das ganze sog. negotium mixtum cum donatine, also ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet werden, so ist dazu die Mitwirkung beider Vertragsparteien notwendig.[2])

Ist die Beurkundung des Schenkungsversprechens unterblieben und infolgedessen das Schenkungsversprechen ungültig, so kann unter Umständen das ganze Geschäft nach § 139 B. G. B. nichtig sein.[3])

Oertmann[4]) ist der Ansicht, es müsse beim sog. negotium mixtum cum donatione und beim Scheinkauf zur Gültigkeit des Schenkungsversprechens genügen, wenn der die materielle Schenkung äusserlich verhüllende Vertrag als solcher die Formerfordernisse des § 518 B. G. B. erfülle. Bei einem Scheinkauf, der ein Schenkungsversprechen verdecken soll, genügt dies allerdings; denn der Zweck der Formvorschrift wird auch auf diesem Wege erreicht.[5])

---

[1]) Matthes a. a. O. S. 46.
[2]) vgl. Matthes a. a. O. S. 44.
[3]) vgl. S. 32 Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. S. 502. Dritte Auflage.
[4]) Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse 1899. S. 238. Anm. 4 zu 518.
[5]) vgl. R. G. E. Bd. 22. S. 194 u. Bd. 15 S. 293.

Dagegen dürfte m. E. beim sog. negotium mixtum cum donatione zur Gültigkeit des Schenkungsversprechens die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des mit der Schenkung verbundenen Geschäfts grundsätzlich nicht ausreichen. Das ganze Geschäft besteht aus zwei Vertragsbestandteilen, aus dem negotium und der donatio. Beide Bestandteile sind ernstlich gewollt, und es wird nicht etwa die donatio durch das negotium verdeckt oder sonst auf irgend eine Weise grundsätzlich beeinflusst. Da nun jeder Bestandteil nach Möglichkeit den für ihn geltenden Regeln zu folgen hat, so ist auch das Schenkungsversprechen den Vorschriften des § 518 B. G. B. zu unterwerfen. Es ist allerdings denkbar, dass das Schenkungsversprechen schon durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung des negotium Gültigkeit erlangt. Die Parteien können nämlich einen gerichtlichen oder notariellen Vertrag dahin schliessen, der Schenker verkaufe den einheitlichen Leistungsgegenstand für den vereinbarten, hinter dem reellen Wert zurückbleibenden Preis an seinen Gegenkontrahenten.[1]) Wenn nun die Parteien sich darüber einig sind, dass der Kauf bezüglich des Teils des verkauften Gegenstandes, der nach ihrer Ansicht in dem Kaufpreise keinen Gegenwert hat, als Scheinkauf zu gelten habe, dass also dieser Teil in Wirklichkeit verschenkt sein solle, so dürfte nach den oben über den Scheinkauf gezogenen Folgerungen das Schenkungsversprechen nach der im § 518 B. G. B. vorgeschriebenen Form beurkundet sein. Derartige „Scheingeschäfte“ kommen im täglichen Leben nicht selten vor und würde deshalb die erwähnte Art der Beurkundung für dieselben durchaus praktisch sein.

II. Widerruf der Schenkung wegen Undanks.

Schon nach gemeinem Recht stand dem Schenker, wenn ihm gegenüber der Beschenkte sich eines groben Undanks schuldig machte, das Recht zu, die Schenkung zu widerrufen. Auch in das bürgerliche Gesetzbuch ist eine

[1]) Matthes S. 46.

derartige Bestimmung aufgenommen worden. Nach § 530 B. G. B. kann eine Schenkung widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undanks schuldig macht. Dem Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufes nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerrufe gehindert hat. Der Widerruf geschieht durch einfache Erklärung gegenüber dem Beschenkten. Ist die Schenkung widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden. (§ 531 B.G.B.)

Wenn der Widerruf erfolgt ist, besitzt also der Beschenkte das Geschenk ohne rechtlichen Grund.[1]) Der Widerruf der Schenkung hat aber nicht die Wirkung, dass die Schenkung als überhaupt nicht vorgenommen anzusehen ist. Der Widerruf bewirkt vielmehr nur, dass das, was geschenkt ist, auf Grund des § 531 Abs. II B. G. B. nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangt werden kann. Es fällt also die Grundlage, die causa der Schenkung fort, und es entsteht ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe für denjenigen, der die Schenkung widerrufen hat.[2])

Gemäss dem hier vertretenen Grundsatze, dass negotium und donatio bei dem sog. negotium mixtum cum donatine getrennt zu behandeln sind, hat auch die neben dem negotium bestehende donatio den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über den Widerruf zu folgen. Es muss daher im Falle des Widerrufes der Beschenkte die Bereicherung, soweit diese noch vorhanden ist, (§ 818 B. G. B.) herausgeben. Ist ein Teil des als ursprünglich höher gestellt anzusehenden Kaufpreises geschenkt, so muss der Beschenkte den vollen Preis zahlen, gerade als wenn kein Nachlass stattgefunden hätte. Besteht dagegen die Schenkung in einer Quote der geleisteten Sache, so ist diese Quote,

[1]) Weihrauch a. a. O S. 247.
[2]) Oertmann a. a. O. S. 252. Müller in „Iherings Jahrbücher" 1904 S. 231. Weihrauch a. a. O. S. 247.

soweit der Beschenkte durch sie bereichert ist, herauszugeben. Eine wirkliche Herausgabe ist aber hier, da es sich nur um ideelle Teile des einheitlichen Leistungsgegenstandes handelt, nicht möglich. Derjenige, welcher den Widerruf ausübt, hat deshalb eine Forderung auf eine unteilbare Leistung. Er hat das Recht, die Eigentumsübertragung dieser ideellen Quote zu verlangen. Macht er dieses Recht geltend, so ist der Beschenkte verpflichtet, ihm das Eigentum zu übertragen. Wenn alsdann der Beschenkte das Eigentum wirklich überträgt, so erlangt derjenige, welcher jenes Recht auf Grund des Widerrufes geltend gemacht hat, das Miteigentum an dem einheitlichen Leistungsgegenstande, es entsteht eine Gemeinschaft nach Bruchteilen.[1])

Dies Resultat nennt Weihrauch[2]) „ein nicht befriedigendes Ergebnis." Er will daher im Falle des Widerrufes dem Beschenkten das Recht einräumen, gegen Zahlung des dem Werte der geschenkten Sachquote entsprechenden Betrages das Eigentum an der ganzen Sache zu behalten.

Ebenso nimmt Köppen[3]) an, dass in einem solchen Falle der Wert der Sachquote von dem Beschenkten zu erstatten sei. Diese Ausführungen entbehren aber jeder rechtlichen Begründung. Es soll auf diese Weise nur ein anscheinend sehr unbequemes Rechtsverhältnis nicht zur Entstehung gelangen. Köppen beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf § 818 Abs. 2 B. G. B. Er will dadurch andeuten, dass hier eine gewisse Unmöglichkeit der Herausgabe der Bereicherung vorliege. § 818 Abs. 2 B. G. B. bestimmt nämlich: „Ist die Herausgabe der Bereicherung wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe ausser Stande, so hat er den Wert zu ersetzen." Durch die Übertragung des Miteigentums an dem einheitlichen Leistungsgegenstande ist doch immerhin eine Herausgabe des Geschenkes möglich.

---

[1]) vgl. Matthes a. a. O. S. 54 ff.
[2]) a. a. O. S. 248.
[3]) a. a. O. S. 74.

Die notwendige Konsequenz ist also, dass beim sog. negotium mixtum cum donatione im Falle des Widerrufes die Herausgabe der Bereicherung, welche in einer Quote des einheitlichen Leistungsgegenstandes besteht, grundsätzlich nur durch Übertragung des Miteigentums an dem einheitlichen Leistungsgegenstande zu erfolgen hat. Dieses Ergebnis ist auch praktisch ganz gut su verwerten und keineswegs so unbefriedigend, wie Weihrauch annimmt.[1]) Es ist ja möglich, dass das Bestehen des Miteigentums zu unbequemen Verhältnissen führt. Die Parteien können aber doch dieses nicht genehme Verhältnis leicht beseitigen. Es steht ihnen ja frei, zu jeder Zeit die Gemeinschaft aufzuheben. (§ 749 B. G. B.) Da mag dann derjenige Miteigentümer, dem die Gemeinschaft nicht mehr zusagt, die Auseinandersetzung betreiben. Bei der Auseinandersetzung erhält alsdann jeder Miteigentümer den seiner Quote an dem einheitlichen Leistungsgegenstande entsprechenden Wert. (§ 753 B. G. B.) Aber die Parteien haben einen noch viel bequemeren Weg, um beim Widerruf Unannehmlichkeiten aus dem Miteigentum zu vermeiden. Es hindert sie doch nichts, im Falle des Widerrufes zu vereinbaren, dass der Beschenkte gegen Erstattung einer entsprechenden Vergütung für die geschenkte Quote die ganze Sache behalte, oder umgekehrt, dass er die ganze Sache herausgebe, dafür aber einen entsprechenden Ersatz für den geschenkten Teil der Sache erhalte.

Muss der Beschenkte infolge des Widerrufs den vollen Kaufpreis zahlen oder die Bereicherung herausgeben, so verliert er dadurch die Schenkung, die ihn meistens wohl gerade zum Abschluss des Geschäfts veranlasst hat. Wenn er aber der Schenkung verlustig geht, so hat für ihn deshalb in der Regel der Fortbestand des negotium kein Interesse mehr, er will vielmehr auch an das negotium nicht gebunden sein. In einem solchen Falle dürfte dem Beschenkten bezüglich des negotium ein Rücktrittsrecht zuzusprechen sein; denn es würde eine grosse Härte darin

[1]) a. a. O. S. 248.

liegen, wenn er wider seinen Willen an das neben der Schenkung bestehende Geschäft, das er ohne die Schenkung nicht abgeschlossen hätte, trotz des Verlustes der Schenkung gebunden bleiben sollte. Es dürfte der § 139 B. G. B. analog zur Anwendung zu bringen sein, da ja auch wohl der Widerruf in gewissem Sinne als eine Art Anfechtbarkeit bezeichnet wird.[1])

Auch eine Entscheidung des Reichsgerichts[2]) gewährt dem Beschenkten bei dem sog. negotium mixtum cum donatione im Falle des Widerrufs oder der Anfechtung der Schenkung das Recht, vom ganzen Vertrage zurückzutreten. Diese Entscheidung geht von der Erwägung aus, dass der Beschenkte, wenn er sich den Widerruf oder die Anfechtung der gemischten Schenkung gefallen lassen müsse, an das in derselben enthaltene entgeltliche Geschäft, das er ohne die mit demselben verbundene Bereicherung nicht gewollt, wider seinen Willen nicht gebunden bleiben könne. Daher sei im Falle der gemischten Schenkung dem Beschenkten freizustellen, entweder beim Fortbestand des Geschäfts im übrigen den seine Gegenleistung übersteigenden Wert der Hauptleistung herauszugeben, oder das ganze Geschäft rückgängig zu machen, gegen Rückgewähr des Gegebenen das Empfangene herauszugeben. Diese Entscheidung erachtet also die Anfechtung und den Widerruf inbetreff ihrer Wirkungen auf die gemischte Schenkung als gleichaertig. Die Gewährung des Rücktrittsrechts führe aber, so meint Matthes,[3]) zu ganz unhaltbaren Konsequenzen. Wenn z. B. der einheitliche Leistungsgegenstand durch Zufall untergegangen wäre, so könnte der Beschenkte durch Rücktritt vom ganzen Geschäft seine Leistung vollständig zurückverlangen, ohne selbst etwas leisten zu müssen; denn hinsichtlich der Schenkung wäre er nicht mehr bereicnert, der Untergang des empfangenen Gegenstandes würde den Rücktritt nicht ausschliessen, während er den Anspruch auf Rückgabe seiner Gegenleistung behielte. In dieser Weise

[1]) Oertmann a. a. O. S. 252. Anm. 1 zu § 531.
[2]) R. G. E. Bd. 29 S. 267.
[3]) a. a. O. S. 57.

darf natürlich das Rücktrittsrecht nicht ausgeübt werden. Das würde gegen Treue und Glauben verstossen. Nach § 157 B. G. B. sind aber Verträge so auszulegen, wie Treue und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Wenn der einheitliche Leistungsgegenstand ohne Verschulden des Beschenkten untergegangen ist, so ist mangels besonderer Vereinbarung doch höchst selten anzunehmen, dass der Beschenkte im Falle des Widerrufes das Recht haben solle, das von ihm Geleistete zurückverlangen zu können, ohne selbst etwas zu leisten.

III. Das Rückförderungsrecht wegen Verarmung des Schenkers.

In gewissen Fällen ist der Schenker befugt, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu verlangen. Dieses Recht steht ihm zu, soweit er nach der Vollziehung der Schenkung ausser Stande ist, seinen standesmässigen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinen Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber obliegende Unterhaltungspflicht zu erfüllen. (§ 528 B. G. B.) Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abwenden. Auf diese Vorschriften sind für das sog. negotium mixtum cum donatione bezüglich der Herausgabe des Geschenkes die oben für die Herausgabe der Schenkung beim Widerruf aufgestellten Grundsätze anzuwenden.

IV. Ergänzungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten.

Um den Pflichtteilsberechtigten seinen Pflichtteil zu wahren, ist in § 2325 B. G. B. bestimmt, dass der Pflichtteilsberechtigte, falls der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen kann, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der

verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Soweit aber der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist, kann der Pflichtteilsberechtigte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrages nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. (§ 2329 B. G. B.) Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrages abwenden. Auf die Herausgabe finden alsdann für das sog. negotium mixtum cum donatione dieselben Regeln Anwendung, welche für die Herausgabe der Bereicherung beim Widerruf wegen groben Undanks massgebend sind.

V. Die Anfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses.

In gewissen Fällen steht dem Gläubiger das Recht zu, Rechshandlungen des Schuldners nach den Bestimmungen der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes, anzufechten. Diese Anfechtung ist aber in ihren Wirkungen wesentlich verschieden von der Anfechtung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist ein anfechtbares Rechtsgeschäft im Falle der Anfechtung als von Anfang nichtig anzusehen. (§ 142 B. G. B.) Die Anfechtung eines nach der Konkursordnung oder dem Anfechtungsgesetz anfechtbaren Rechtsgeschäfts macht dagegen das Geschäft nicht von Anfang an nichtig. Das Geschäft bleibt an und für sich bestehen. Es werden nur die Folgen des Geschäfts von der Anfechtung getroffen. Der Anfechtende erhält durch die Anfechtung einen obligatorischen Anspruch darauf, dass die für ihn ungünstigen Folgen des Geschäfts beseitigt werden. (§ 37 K. O. u. § 7 A. G.) [1])

[1]) Hellwig nimmt dagegen an, dass die Anfechtung im Konkurse und nach dem Anfechtungsgesetz dieselben Wirkungen habe, wie nach dem bürgl. Gesetzbuch. (Hellwig: „Verträge auf Leistung an Dritte.") vgl. Jäger K. O. 1902 S. 216 u. 1903 S. 228. Kleinfeller in der deutschen Juristenzeitung 1903 S. 386. Oertmann in Zeitschrift für deutschen Civilprocess Bd. 33 S. 1 ff. Die Schriftsteller bekämpfen die Ansicht Hellwigs.

Ausserdem ist noch zu beachten, dass der nach dem Anfechtungsgesetz anfechtende Gläubiger eines vollstreckbaren Titels bedarf, und dass seine Forderung fällig sein muss. Zudem muss die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt haben oder die begründete Annahme vorliegen, dass sie zu einer solchen Befriedigung nicht führen würde. (§ 2 A G.) Anfechtungsgegner ist sowohl bei der Anfechtung nach der Konkursordnung als nach dem Anfechtungsgesetz derjenige, dem gegenüber der Schuldner die anfechtbare Handlung vorgenommen hat. Das Anfechtungsrecht wird ausgeübt von dem Konkursverwalter bezw. dem Gläubiger.

Hat nun der Gemeinschuldner (bezw. Schuldner) Rechtshandlungen in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen, so sind diese Rechtshandlungen anfechtbar (§ 31 Ziffer 1 und § 3 Ziffer 1 A. G.). Unter Rechtshandlung[1]) ist „jede gewollte Handlung von rechtlicher Wirkung zu verstehen."[2]) Unter den Begriff „Rechtshandlungen" fallen deshalb auch alle Verträge und somit auch die sog. negotia mixta cum donatione. Wenn auch das sog. negotium mixtum cum donatione aus zwei Vertragsbestandteilen besteht, so ist es doch als ein Vertrag, als ein Gesammtvertrag aufzufassen. Es ist deshalb, wenn die Voraussetzungen des § 31 Ziffer 1 K. O. und § 3 Ziffer 1 A. G. vorliegen, das ganze Geschäft anfechtbar.[3])

Anfechtbar sind ferner die in dem letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens bezw. vor der Anfechtung geschlossenen entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners

[1]) Der Begriff Rechtshandlung ist hier im weitesten Sinne zu nehmen. Er umfasst jede Handlung von rechtlicher Wirkung, jeden auf den Willen des Schuldners beruhenden Akt, welcher geeignet ist, unmittelbar oder in seiner Folge zu benachteiligen. (Jurist. Wochenschrift 89. 20. 13.) Die Anfechtung eines Vertrages setzt den Nachweis voraus, dass die Gläubiger durch den Abschluss des Vertrages benachteiligt sind. R. G. E. Bd. 33 S. 122. Jurist. Wochenschr. 1900, 716.

[2]) Weihrauch a. a. O. S. 250.

[3]) ähnlich Köppen a. a. O. S. 63 ff., Siber a. a. O. S. 325.

(Schuldners) mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinem oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen, sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners (Schuldners) benachteiligt werden und der andere Teil nicht beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners (Schuldners), die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war. (§ 31 Ziffer 2 K. O. u. § 3 Ziffer 2 A. G.)

Für diesen Fall kommen also „entgeltliche" Verträge in Betracht. Im Gegensatz zu den entgeltlichen Verträgen stehen die unentgeltlichen Verträge.[1]) Unentgeltlich bedeutet aber, dass durchaus kein Entgelt gegenübersteht. Deshalb muss ein Vertrag, wenn auch nur ein noch so geringes, aber ernstlich gewollte Entgelt gegeben wird, immerhin als „entgeltlich" bezeichnet werden. Das sog. negotium mixtum cum donatione enthält Kauf und Schenkung; es fehlt daher nicht an einem Entgelt, da aus dem Kaufe eine Gegenleistung zu gewähren ist. Das sog. negotium mixtum cum donatione ist also zu den entgeltlichen Verträgen zu rechnen. Eine Benachteiligung der Gläubiger liegt bei jenem Vertrage stets vor, da in ihm ja immer neben dem entgeltlichen Geschäft ein unentgeltliches Geschäft, die Schenkung, enthalten ist. Gelingt es nun dem Anfechtungsgegner nicht, den Beweis zu erbringen, dass ihm zur Zeit des Abschlusses des negotium mixtum cum donatione eine Absicht des Schludners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war, so ist, da der Vertrag entgeltlich ist, das ganze Geschäft anfechtbar. (§ 31 Ziffer 2 K. O. u. § 3 Ziffer 2 A. G.)

Wollte man aber annehmen, dass nur der entgeltliche Bestandteil des Gesamtvertrages auf Grund der angezogenen Vorschriften anfechtbar sei, so würde aber trotzdem das ganze Geschäft der Anfechtung unterliegen; denn die in dem Gesamtvertrage enthaltene Schenkung, eine unentgeltliche Verfügung, könnte nach § 32 Ziffer 1 u. 2 K. O. und § 3 Ziffer 3 u. 4 A. G. angefochten werden.

---

[1]) Hahn a. a. O. S. 140.

Unentgeltliche Verfügungen des Schuldners sind nämlich anfechtbar, wenn sie in dem letzten Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens bezw. vor der Anfechtung vorgenommen sind; eine Ausnahme hiervon bilden die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke. Ferner sind anfechtbar die in den letzten 2 Jahren vor der Eröffnung des Konkurses bezw. der Anfechtung von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten. (§ 32 Ziffer 1 u. 2 K. O. und § 3 Ziffer 3 u. 4 A. G.)

Da hier nur die unentgeltlichen Verfügungen angefochten werden können, so ergreift natürlich die Anfechtung des sog. negotium mixtum cum donatione nicht das ganze Geschäft; denn das ganze Geschäft ist ja als entgeltliche Verfügung anzusehen. Aber ein Bestandteil dieses Gesamtvertrages, die Schenkung, ist eine unentgeltliche Verfügung, und deshalb ist das Geschäft in den Fällen des § 32 Ziffer 1 u. 2 K. O. und § 3 Ziffer 3 u. 4 A. G. nur insoweit anfechtbar, als Schenkung vorliegt.[1])

Durch die Anfechtung erlangt, wie erwähnt, der Anfechtende einen Anspruch darauf, dass die für ihn nachteiligen Folgen des Geschäfts beseitigt werden. Die Konkursordnung bestimmt daher (§ 37 K. O.), dass das, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Konkursmasse zurückgewährt werden muss. Der Umfang der Herausgabe bestimmt sich nach dem Masse des Verlustes für die Konkursmasse, nicht nach der Bereicherung für den Erwerber, und zwar ist die Herausgabe so zu leisten, als wenn die Sache immer in dem Vermögen des Gemeinschuldners geblieben wäre.[2]) Da die Konkursmasse immer Eigentum des Gemeinschuldners bleibt, so ist auch die Rückübertragung des Eigentums des herauszugeben

[1]) vgl. Hahn a. a. O S. 142, Cosack Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht. 1884. S 261 ff. Wilmowski Konkursordnung. 5. Auflage. Anm. 3 zu § 25 S. 146. Förster-Eccius a. a. O. 5. Auflage S. 780. Sf. Arch. Bd. 40. Nr. 23 und Bd. 42 No. 114.

[2]) R. G. E. Bd. 28 S. 135. Jur. Wochenschrift 1887, 273 und 1888, 178.

Gegenstandes an den Gemeinschuldner zu bewirken. Auf diese Weise gelangt der Gegenstand in die Konkursmasse, da es ja so angesehen wird, als wenn der Gegenstand schon vor der Eröffnung des Konkurses zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört habe.[1]) Wird das ganze sog. negotium mixtum cum donatione auf Grund des § 31 K. O. angefochten, so ist deshalb der ganze Leistungsgegenstand zur Konkursmasse zurückzuführen.

Die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz dagegen gewährt dem Gläubiger ein wesentlich anderes Recht. Auf Grund des Anfechtungsgesetzes kann der Gläubiger im Falle der Anfechtung, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde. (§ 7 A. G.) Dies ist aber nicht dahin zu verstehen, dass dasjenige, was zurückgewährt werden muss, wieder in das Eigentum (Vermögen) des Schuldner übertragen werden soll. Es wird vielmehr so angesehen, als wenn das, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners entfernt ist, noch zu seinem Vermögen gehöre, um auf diese Weise im Wege der Zwangsvollstreckung die Befriedigung des Gläubigers zu ermöglichen.[2]) Der Anfechtungsgegner muss sich die Zwangsvollstreckung in den vom Schuldner durch die anfechtbare Handlung erlangten Gegenstand gefallen lassen,[3]) s o w e i t es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist. Dies macht auch für das sog. negotium mixtum cum donatione im Falle des § 3 Ziffer 1 u. 2 A. G. keine Schwierigkeiten, da ja das ganze Geschäft der Anfechtung unterliegt. Es gilt dann der ganze Leistungsgegenstand als noch zu dem Vermögen des

---

[1]) Jäger K. O. 1903 S. 327, Cosack Anfechtung 1884 S. 254. Petersen-Kleinfeller K. O. 1900. S. 138.

[2]) R. G. E. Bd. 50 S. 124. Bd. 43 S. 85. Bd. 47 S. 221. Jäger a. a. O. S. 227. Petersen-Kleinfeller a. a. S. 793.

[3]) Hempen: Die Anfechtung von Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften, wegen betrügerischer Gläubigerbenachteiligung. Rostock 1905. S. 49.

Schuldners gehörig, und es hat der Schuldner die Zwangsvollstreckung in ihn zu dulden.

Anders gestaltet sich aber die Zurückgewährung, wenn lediglich die Schenkung angefochten wird. Alsdann wird im Konkurs die Herausgabe dadurch bewirkt, dass der Anfechtungsgegner das Miteigentum an dem herauszugebenden Teil des einheitlichen Leistungsgegenstandes auf den Gemeinschuldner, der ja Eigentümer der Konkursmasse geblieben ist, überträgt. Auf diese Weise wird das Miteigentum an dem Leistungsgegenstande der Konkursmasse zugeführt.

Wird die Schenkung auf Grund des § 3 Ziffer 3 und 4 des Anfechtungsgesetzes angefochten, so kann der Gläubiger, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, verlangen, dass die geschenkte Quote des Leistungsgegenstandes als noch zu dem Vermögen des Schuldners gehörig zurückgewährt werde. Macht der Gläubiger von diesem Rechte Gebrauch, so ist es so zu halten, als wenn der Schuldner Miteigentümer des einheitlichen Leistungsgegenstandes wäre, soweit er als geschenkt anzusehen ist. Der Gläubiger kann alsdann zum Zwecke der Befriedigung die Zwangsvollstreckung in diesen fingierten Miteigentumsanteil des Schuldners betreiben.

Weit einfacher gestaltet sich die Anwendung der § 3 Ziffer 3 u. 4 A. G. und 32 K. O. auf das sog. negotium mixtum cum donatione, wenn die Schenkung in einem teilweisen Nachlasse des als ursprünglich höher gestellt anzusehenden Kaufpreises besteht; denn es entsteht hier kein Miteigentum. Im Konkurse ist der Teil des Kaufpreises, der geschenkt ist, zur Masse einzuzahlen. Im Falle des § 3 Ziffer 3 u. 4 A. G. ist es so anzusehen, als wenn der Schuldner von dem reellen Preise nichts schenkungshalber nachgelassen hätte. Er hat also noch den Teil, den er in liberaler Absicht nachgelassen hat, von dem Anfechtungsgegner zu fordern. Der anfechtende Gläubiger kann sich nun, um seine Befriedigung zu erhalten, die Forderuug zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen lassen, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist.

Anhang.

Es ist also für das sog. negotium mixtum cum donatione das Princip aufgestellt, negotium und donatione nach Möglichkeit getrennt zn behandeln. Dies macht keine besondere Schwierigkeiten, wenn ein Teil des als ursprünglich höher gestellt anzusehenden Kaufpreises schenkungshalber nachgelassen ist. Ist dagegen ein ideeller Teil des Leistungsgegenstandes als geschenkt anzusehen, so ist eine Trennung in der rechtlichen Behandlung von negotium und donatio nicht immer möglich. Gesetzt den Fall, A. verkauft dem B. ein Pferd, das tausend Mark wert ist,[1]) schenkungshalber für 400 Mark; das Pferd hat aber einen Mangel den A. zu vertreten hat. Wie gestaltet sich nun die Haftung des A. für jenen Mangel? Es geht doch nicht an, dass A. für einen ideellen Teil des Pferdes nach den Regeln über den Kauf, für einen anderen ideellen Teil nach den Vorschriften über die Schenkung hafte. Für welchen ideellen Teil haftet er denn nach den Vorschriften über den Kauf, für welchen nach den Vorschriften über die Schenkung? In einem solchen Falle ist das Geschäft nur einheitlich entweder ganz als Kauf, oder ganz als Schenkung zu behandeln. Man muss auch hier darnach trachten, dem Willen der Parteien möglichst gerecht zu werden. Es wird deshalb zu untersuchen sein, ob die Sache zum grösseren Teil verkauft oder zum grösseren Teil verschenkt ist; und je nach dem Kauf oder Schenkung überwiegt, ist auch die Haftung für den ganzen Leistungsgegenstand nach den Regeln über den Kauf oder den über die Schenkung zu beurteilen. Ist aber die Sache zur Hälfte verkauft und zur anderen Hälfte verschenkt, so wird man, falls sich Kauf und Schenkung nicht getrennt behandeln lassen, das Geschäft ganz den Vorschriften über die Schenkung zu unterwerfen haben; denn es wäre doch höchst unbillig, wenn der Verkäufer für eine Sache, die er halb verkauft und halb verschenkt hat, trotz der Schenkung nach den schärferen

[1]) Endemann: Bürgl. Recht Bd. I S. 1029.

Vorschriften über den Kauf haften sollte. Der Käufer und Beschenkte muss sich hier billigerweise gefallen lassen, dass der Verkäufer und Schenker nur als Schenker für die ganze Sache haftet. Wenn jemand eine Sache zur Hälfte kauft, zur Hälfte aber geschenkt erhält, wird er doch froh sein, dass er die Schenkung erhalten hat und ihm auf diese Weise ein grosser Vorteil gewährt ist. Er wird deshalb billigermassen nicht verlangen dürfen, dass der ganze Leistungsgegenstand inbetreff der Haftung den Vorschriften über den Verkauf unterliege.